2.

2

2

POR
DON IVAN DE VERA, Y SALCEDO.
En respuesta de la vltima Duda.

DVBIVM.

PArece que el Censal inuentariado no entrò libremente en poder de Don Diego Virto de Vera, heredero de Don Mateo su hermano, por quanto auiendole instituido para que disponga de los bienes de la herencia, como de cosa suya propria, y en caso de no disponer en vltima voluntad, ò donacion causa mortis, forma vn mayorazgo de dicha herencia à fauor de sus hijos, y los demas llamados en el, le quitò la facultad de disponer entre viuos, pues lo condicional declara, y limita lo dispositiuo. Y consiguientemente si se entendiesse, que la mitad deste Censal se comunicò a Doña Maria, nò pudo disponer de essa mitad Don Diego, con que se verificaria la condicion de no disponer en dicha mitad; y assi con lo mismo que se incluye, quedaria excluida por el vinculo.

El argumento de esta duda es, que si como pretendemos Doña Maria de Cordoua era señora de la mitad del Censal litigioso, no pudo Don Diego Virto disponer dèl tamquã de re aliena ex defectu potestatis. Y de ahi se infiere, que no quedò comprehendido en su disposicion testamentaria. Y por otra consequencia, que se verificò el llamamiento de Don Diego litigante, por el Mayorazgo fundado en el testamento del Inquisidor Virto, para en caso que su hermano Don Diego no dispusiera.

La consideracion es ingeniosa, pero poco, ò nada eficaz, come se verà de la respuesta.

La primera satisfacion es, que supuesto que el Inquisidor Virto comprehende este censo en su Mayorazgo. Para que mediante la disposicion de Don Diego su hermano quedasse la su ya resuelta, y extinta, y los bienes libres en el mismo Don Diego, bastò, y fue suficiente su disposicion de hecho, aunque de derecho no pudiesse surtir efecto por el que se le auia adquirido a Doña Maria su muger, quia in conditionibus merum factum attenditur tex. elegans, & si vulgaris *in l. Mauius* 54. *ff. de condit. & demonstr. Mauius* (dize el texto) *cui fundus legatus est si Callimacho, cum quo testamenti factionem non habebat ducenta dedisset, conditioni parere debet, & ducenta dare, vt ad eum legatus fundus pertineat, licet nummos non faciat accipientis.* Y el sumario de Bartulo dixo, *conditio designat nudum ministerium facti*, prueuase de *Casanate cons.* 4. *num.* 42. donde refiere muchos, el qual en los numeros siguientes, distinguiendo entre las condiciones necessarias y voluntarias, resuelue, que en las necessarias no basta el hecho, sino se sigue el efecto, pero en las voluntarias el hecho solo, sin que el efecto se siga es suficiente, dixolo bien en el num. 48. his verbis: *Sed in conditione voluntaria testator solum cogitauit de forma, & sic nudus verborum cortex inspicitur.* Y prouandolo, prosigue: *Et sic conditio pro sufficienti causa habetur, nec alia vtilitas, vel effectus requiritur.* Iosephus Ramona *cons.* 28. *num.* 16. *Fontanella de pact. tom.* 2. *claus.* 5. *glos.* 10. *p.* 2. *num.* 54. De suerte, que con solo auer dispuesto Don Diego de todos los bienes, y de este censo, aunque por alguna causa externa y accidental no tenga efecto su disposicion, le tiene en orden a la exclusion del Mayorazgo fundado por el Inquisidor Virto, por auerse verificado el caso de la disposicion que lo excluye.

Y no se puede dudar, que la condicion, *sino dispusiere*, es voluntaria, nam conditio voluntaria dicitur, quam testator

tor libere potuit adijcere,amouere, & alterare, *Bart.in l. si vsumfructum,ff.de vsufruct.*latè *Cassanate cons.1.num.64.* Y no solo fue voluntaria respecto del Inquisidor,sino tambien respecto del grauado,en cuya voluntad estuuo el disponer,ò no.

Lo segundo se responde, que como la condicion dicha, *sino dispusiere*,es negatiua,& negatiuè concepta,entre tanto que no llegò la disposicion estuuo fundado el Mayorazgo,por la distincion sabida entre las condiciones afirmatiuas que suspenden la disposicion a principio; y las negatiuas,cuya naturaleza es que tenga la disposicion efecto entre tanto que no se verifican, vt in *auth.cui relictum, C. de in dicta viduit.toll.* Donde instituida la muger con la condicion, si non nupserit,decide el texto, y es cosa llanissima que la muger goza de lo que le dexarõ mientras no se casa: y por esso preuino el drecho el remedio de la caucion Muciana para la restitucion,en caso que la condicion negatiua se verificasse, cuya existencia obra resolucion de la disposicion condicional,como si no se huuiera hecho, y assi dixo el texto, *Contractis nuptijs,res data vindicari potest, quod sic admittitur, ac si ei relictum,vel ordinatum non esset*;sobre que discurriò *Luys de Molina de primog.lib.2.cap.12.à num.20.* Y no es nueuo que el grauado de restituir tenga juntamente facultad de disponer, y que de su voluntad penda la existencia del fideicomisso, que como dixo *Hondedeo cons.78.num.29.in fin. lib. 1.* los testadores se mueuen muchas vezes a dar facultad de disponer a los grauados, vel ad euitandas insidias,quæ fieri possunt institutis per substitutos, vel vt obsequentes reddantur substituti in ipsis grauatis,in quorum potestate est priuare substitutos, & in alios bona transferre.

De esta consideracion nace,que siendo cierto, como lo es,que el mayorazgo fundado por el Inquisidor tuuo ser, y existencia viuiendo Don Diego Virto por la naturaleza de la condicion negatiua, y resultando della prohibicion

legal de enagenar, y transferir, no tuuo Doña Maria de Cordoua parte en el señorio destos bienes, ni en el censo cõstante su matrimonio. Y su derecho para adquirirse estuuo dependiente de disponer, ò no Don Diego Virto, verificandose la condicion resolutiua del mayorazgo ya fundado.

De que se infiere, que constante el matrimonio concurrian en la persona de Don Diego el grauamen de la fundacion del mayorazgo, que impedia se adquiriesse drecho a Doña Maria, y la facultad suya de poderlo deshazer, y disponer de los bienes, como suyos. De que se sigue, que en el instante de su muerte en que tuuo efecto su disposiciõ por ser testamentaria, es verdadero dezir que tuuo los bienes libres, y entrò en ellos la disposicion foral, comunicando a Doña Maria la mitad de los muebles, y deste censo, de tal manera, que en concurso del derecho de las personas en quien Don Diego dispuso, y del derecho de Doña Maria de Cordoua preuino, y se anticipò iuris, & fori ministerio, el derecho de la metad de los bienes comunes, regulada la prioridad, de la antelacion en el tiempo que se contraxo el matrimonio, auido respecto al tiempo de la muerte, y testamẽto del Inquisidor Virto: la qual consideracion se explica bien del texto *in l. si is qui 28. ff. de iure fisci*, cuyas palabras son estas. *Si is qui mihi obligauerat, quæ habet habiturusve esset cum Fisco contraxerit, sciendum est in re postea adquisita Fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse: Quod & constitutum est. Præuenit enim causam pignoris Fiscus.* Que es lo que juzgò V. S. pocos dias ha en el processo de aprehension de los bienes de Don Pablo Escarate, recibiendo la proposicion de Manuela de Fuentes, no obstante que la madre de Don Pablo le auia mandado los bienes en contemplacion del matrimonio que contraxo con Doña Catalina Ramirez. Porque aunque concurrieron a un mismo tiempo la hipoteca de la comanda, y la de la dote, y drecho de viudedad, que fue en el instante de la adquisicion del dominio de Don Pablo, no se les dio concurso, prefiriẽ-

do

do el credito,como primero en tiempo. Como que la ante lacion en la data de las obligaciones accelere el paso en la ad quisicion de las hipotecas.

Todo este discurso lo explica bien vn exemplo. Pongamos,que Don Diego Virto huuiera contrahido obligacion de bienes presentes, y futuros. Dixeramos que el efecto de la hipoteca estaua suspendido por el grauamen del vinculo, y mayorazgo, pero en llegandose a cumplir despues la condi cion resolutiua con la disposiciō del mismo Don Diego, su cumplimiento lo hizo dueño libre, y absoluto de los bienes, dando entrada a la obligacion de la hipoteca antecedente en el mismo instante, y tiēpo q̃ tuuo efecto su disposiciō q̃ fue el de la muerte, cō retrotracciō al tiēpo dela obligaciō.

Præterea, es clara, y clarissima la voluntad del Inquisidor Virto en la institucion de su hermano, para que hiziesse, y dispusiesse como de bienes y cosa suya propia. Y no es imaginable, que auiendole dado tanta libertad, quisiesse que los terceros que huuiessen adquirido drecho por el vso de ella, quedassen perjudicados, no disponiēdo, como nopodia cō efecto dela parte q̃ en huuiesse vsado de aquella libertad, y facultad. Con que viene mas clara, y patēte la disposicion del derecho, que enseña, que la condicion voluntaria se cōtenta con el hecho solo, aunque el efecto no se siga; y que a esta disposicion juridica se aplicò la misma voluntad, faltando assi el efecto de la facultad, y ampla comission que le dio de disponer de los bienes como de cosa suya propia. Que de otra suerte, auriamos de dezir, que el Inquisidor Virto quiso ilaquear a los terceros que cōtraxessen con su hermano, engañandolos con aquellas palabras tan exuberantes, cosa repugnante a su buena inteligencia, y mucha Christiandad.

A esta consideracion quiso ocurrir el dubio, diziendo, que las palabras condicionales: *Y para en caso que no dispusiere por vltima voluntad, ò donacion causa mortis, quiero, y es mi voluntad, &c.* queriendo que lo condicion declare

lo

lo dispositiuo de lo antecedente, para que la facultad de disponer como de bienes y cosa suya propia, quede restriñida, y limitada al testamento, ò donacion causa mortis.

Esta question, quando las palabras condicionales declaran las dispositiuas, la publicò por graue la causa de Sigues, co que ay varios escritos, y aun varios pareceres en las desiciones. Pero ninguno ha dudado, q̃ vence lo dispositiuo, quando sus palabras son claras, y ciertas, en cuya inteligencia, en su significacion y sentido no puede caer razon alguna de dudar: Porque como la question es, *vtrum verba conditionalia declarent dispositiua*: no entra, ni tiene lugar essa disputa, quando las palabras no tienẽ necessidad de declaracion, por ser ellas tan claras, y patentes; y como en este caso las palabras de la institucion, ibi: *Para que haga, y disponga de todos ellos, como bienes, y cosa suya propia*, no admiten declaracion, ni necessitan de ella. Querer introduzir la question, no es para declarar, sino para corregir: virtud que no tienen las palabras condicionales, por la razon que dio Geronimo Albano *cons.* 10. *in* 2. *dubio*, ibi: *Quorum natura est, vt nihil ponant in esse*, Beroio *cons.* 77. *lib.* 2. omitiendo otros, para ocasion que se ofrecerà presto.

Los terminos de la question de la clausula del testamento del Inquisidor Virto, parece ser propiamente de dos clausulas encontradas, vna que dà facultad vniuersal, y otra que parece quiere limitar la vniuersalidad: materia que se decide con la interpretacion, que salue la contradicion, y repugnancia, y la correccion inmediata, quia semper curandum est verba ad concordiam redigere, etiam cum literæ, ac propriæ significationis violatione, *cap. inter dilectos*, §. *cæterum de fide instrumentor. l. nam ad ea*, *ff. de condit. & demonst.* ex multis *Casanate cons.* 10. *num.* 97. euitando siempre la correccion in continenti, porque no se presume, *d. l. nam ad ea*, eleganter *Deci. cons.* 636. *num.* 12. es elegante el texto en la *ley cohæredi*, §. *qui patrem*. ff. *de vulg.* para dezir, que quando la segunda clausula muestra repugnancia con

la

la primera, ſe le ha de dar interpretacion a la ſegunda, vt diſpoſitio contenta in prima ſemper remaneat illeſſa, dixolo bien *Gratiano tom.3.diſcept.536.à n.24. Neque oberit* (inquit) *quod in caſu noſtro reſeruatio patris eſt concepta per verba libere diſponendi quandocumque placuerit: Quia in principio decreti pater prohibuit diſpoſitionem filijs durante vita ipſius, & poſtea illam reſeruauit quandocumque, vnde eſt intelligenda prædicta clauſula, vita durante, ne detur correctio in eodem inſtanti, cum ſempe ſumi debeatr interpretatio, per quam tollatur contrarietas, & repugnantia*, y lo funda con muchos.

Segun eſto, para no dar correccion inmediata en la diſpoſicion teſtamentaria del Inquiſidor Virto, y eſcuſar la contradicion y repugnancia de la inſtitucion del heredero en el principio, y en el fin, ſe le ha de dar efecto a la primera parte de la clauſula en todas las diſpoſiciones entre viuos, y en los bienes eque quedaſſen al tiempo de la muerte de Don Diego, ha de entrar, y ſe ha de entender la parte vltima de la clauſula. Porque de otra ſuerte no es eſcuſable la correccion inmediata, que el derecho no admite, y la razon excluye.

Y de aqui es, que como quando contrae matrimonio Don Diogo Virto ſe ſugeta a las diſpoſiciones forales, en los aqueſtos nupciales, y a la comunicacion de la mitad de los muebles a ſu conſorte, aſsi en los bienes preſentes, como en los futuros; eſta comunicacion toma para ſu valor, la primera parte de la clauſula que le dà los bienes a Don Diego, para que diſponga de ellos como ſuyos, y admitiendo la interpretacion dicha, que excluye la correccion, en la vltima, no puede cauſar perjuizio al derecho adquirido a Doña Maria, nacido de la voluntad implicita de los contrayentes quando ſe caſan, pues ſe ſugetaron, como ſe ha dicho a las diſpoſiciones de los fueros, y a la comunicacion de los bienes muebles adquiridos, y que ſe adquirieſſen quocumque titulo.

Y es

Y es ponderable, que siendo cierto, como todos sabemos, que Don Diego, y Doña Maria estauan casados, antes que el Inquisidor Virto hiziera su testamento, y siendolo tambien, que como docto no ignoraua las disposiciones de los Fueros en punto tan vulgar, como la comunicacion de los bienes muebles, no preuino, ni quiso disponer (como pudiera) de tal forma, que quedara excluida su cuñada. Argumento grande, para entender, que de la voluntad del mismo Inquisidor fue, que gozasse de los derechos y priuilegios forales.

De todo lo qual parece no obsta el dubio, para que en fauor de esta parte se pronuncie, siguiendo las disposiciones claras de los Fueros, y Obseruancias, escusando su correccion por imaginaciones mas sutiles que verdaderas, que es el camino mas seguro para la buena administració de la justicia, y seguridad de la conciencia, como ya se notò en otro discurso. Salua, &c. Agosto 2. de 1647.

Hieronymus Carrillo, & Zapata, I.D. & Liberalium Artium Magister.